Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
YVES BOT
föredraget den 24 april 2012 [1]

Mål C-128/11

Axel W. Bierbach, konkursförvaltare för UsedSoft GmbH
mot
Oracle International Corp.

(begäran om förhandsavgörande från Bundesgerichtshof (Tyskland))

”Rättsligt skydd för datorprogram — Direktiv 2009/24/EG — Handel med använda mjukvaror som laddats ner från internet — Förlust av spridningsrätten”

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 4.2 och 5.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram. [2]

2. Frågorna har ställts i ett mål mellan UsedSoft GmbH, företrätt av Axel W. Bierbach, i egenskap av konkursförvaltare för detta bolag [3], och Oracle International Corp., [4] med anledning av UsedSofts handel med använda mjukvaror från Oracle.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – *Den internationella rätten*

3. Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (Wipo) antog den 20 december 1996, i Genève, fördrag om upphovsrätt. Detta fördrag godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000. [5]

4. I artikel 4 i nämnda fördrag föreskrivs att datorprogram skyddas som sådant litterärt verk som avses i artikel 2 i Bernkonventionen. Detta skydd gäller datorprogram oavsett på vilket sätt och i vilken form de kommer till uttryck.

5. I artikel 6 i fördrag om upphovsrätt med rubriken ”Spridningsrätten” föreskrivs följande:

”1. Upphovsmän till litterära och konstnärliga verk äger uteslutande rätt att låta göra originalet och exemplar av verket tillgängligt för allmänheten genom försäljning eller annan överlåtelse.

1 — Originalspråk: franska.
2 — EUT L 111, s. 16.
3 — Nedan kallat UsedSoft.
4 — Nedan kallat Oracle.
5 — EGT L 89, s. 6.

2. Detta fördrag påverkar inte möjligheten för de fördragsslutande parterna att bestämma under vilka omständigheter rätten enligt första stycket skall upphöra efter en första försäljning eller annan överlåtelse av originalet eller exemplar av verket som företagits med upphovsmannens medgivande.”

6. I de gemensamma förklaringarna till Wipos fördrag om upphovsrätt anges följande beträffande artiklarna 6 och 7:

”I dessa artiklar avses med uttrycken exemplar och originalet och exemplar, som föremål för spridnings- och uthyrningsrätten enligt dessa artiklar, endast fasta exemplar som kan sättas i omlopp som föremål.”

B – *Unionsrätten*

1. Direktiv 2009/24

7. Direktiv 2009/24 kodifierar rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram. [6]

8. Enligt artikel 1.1 i direktiv 2009/24 ”ska medlemsstaterna ge datorprogram upphovsrättsligt skydd som litterära verk enligt Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk”.

9. I artikel 4 i samma direktiv, med rubriken ”De särskilda ensamrätterna”, föreskrivs följande:

”1. Om inte annat följer av artikel 5 och 6 skall rättsinnehavarens ensamrätt enligt artikel 2 innefatta rätten att utföra eller ge tillstånd till följande:

a) Varaktig eller tillfällig, delvis eller fullständig återgivning av ett datorprogram på vilket sätt och i vilken form som helst. I den mån som laddning, visning, körning, överföring eller lagring av det berörda datorprogrammet nödvändiggör sådan återgivning av ett datorprogram krävs rättsinnehavarens tillstånd.

b) Översättning, anpassning, sammanställning och varje annan ändring av ett datorprogram samt återgivning av därav följande resultat, dock utan att inskränka de rättigheter som tillhör den person som ändrar programmet.

c) Alla former av spridning till allmänheten, inbegripet uthyrning, av datorprogrammets original eller kopior av detta.

2. Den första försäljningen av en kopia av programmet som görs inom [Europeiska unionen] av rättsinnehavaren själv eller med dennes samtycke medför förlust av spridningsrätten till den berörda kopian inom [unionen]; detta gäller dock inte rätten att kontrollera vidare uthyrning av programmet eller en kopia av detta.”

10. I artikel 5 i ovannämnda direktiv, med rubriken ”Undantag från ensamrätterna”, föreskrivs följande i punkt 1:

”I avsaknad av särskilda avtalsbestämmelser ska de i artikel 4.1 a och b angivna åtgärderna inte kräva rättsinnehavarens tillstånd, om de krävs för att den som lagligen förvärvat datorprogrammet ska kunna använda programmet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. Detta gäller även rättelse av fel.”

6 — EGT L 122, s. 42; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 111.

2. Direktiv 2001/29

11. I skälen 28 och 29 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället[7] föreskrivs följande:

”(28) I det upphovsrättsliga skyddet enligt detta direktiv ingår ensamrätt att bestämma över spridning av verk som ingår i en fysisk vara. Genom den första försäljningen inom [unionen] av originalet eller kopior av ett verk, om den görs av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke, konsumeras bestämmanderätten över vidareförsäljningen av föremålet inom [unionen]. Denna rätt bör dock inte vara konsumerad då det gäller original eller kopior av ett verk som säljs utanför [unionen] av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke. Upphovsmannens uthyrnings- och utlåningsrättigheter fastställs i direktiv 92/100/EEG [8]. Den spridningsrätt som föreskrivs i det här direktivet påverkar inte de bestämmelser om uthyrnings- och utlåningsrättigheter som återfinns i kapitel I i det direktivet.

(29) Frågan om konsumtion uppstår inte då det gäller tjänster, särskilt inte i fråga om online-tjänster. Det gäller även fysiska kopior av ett verk eller av andra alster som framställts av en användare av en sådan tjänst med rättsinnehavarens samtycke. Detta gäller därför även uthyrning och utlåning av originalet och kopior av verk eller andra alster eftersom dessa handlingar är att karaktärisera som tjänster. Till skillnad från cd-rom och cd-i, där immateriella rättigheter ingår i ett fysiskt medium, nämligen ett exemplar av en vara, är varje online-tjänst en handling för vilken tillstånd krävs, om den omfattas av upphovsrätt eller en närstående rättighet.”

12. I artikel 3 i direktiv 2001/29, med rubriken ”Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

…

3. De rättigheter som avses i punkterna 1 och 2 skall inte anses vara konsumerade genom någon form av överföring till allmänheten eller genom att alster görs tillgängliga för allmänheten enligt denna artikel.”

13. I artikel 4, med rubriken ”Spridningsrätt”, i samma direktiv föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta.

2. Spridningsrätten för originalet eller kopior av verket skall inte konsumeras inom [unionen] förutom i de fall då den första försäljningen av exemplaret i fråga, eller då den första gången någon annan form av överföring av äganderätten till detta, görs inom [unionen] av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke.”

7 — EGT L 167, s. 10.

8 — Rådets direktiv av den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området (EGT L 346, s. 61).

C – Den nationella rätten

14. Genom 69c § och 69d § i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (lag om upphovsrätt och närstående rättigheter, nedan kallad UrhG) av den 9 september 1965[9], i dess lydelse vid tiden för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, införlivas artikel 4 i direktiv 2009/24 samt artikel 3 i direktiv 2001/29 och artikel 5 i direktiv 2009/24 med nationell rätt.

15. 69c § UrhG har följande lydelse:

”Rättsinnehavarens ensamrätt ska innefatta rätten att utföra eller tillåta följande:

1. Varaktig eller tillfällig, delvis eller fullständig återgivning av ett datorprogram på vilket sätt och i vilken form som helst. I den mån som laddning, visning, körning, överföring eller lagring av det berörda datorprogrammet nödvändiggör sådana åtgärder av ett datorprogram krävs rättsinnehavarens tillstånd.

2. Översättning, anpassning, sammanställning och varje annan ändring av ett datorprogram samt återgivning av därav följande resultat. De rättigheter som tillhör den person som ändrar programmet är förbehållna.

3. Alla former av spridning till allmänheten, inbegripet uthyrning, av datorprogrammets original eller kopior av detta. Om datorprogrammets kopior genom överlåtelse sprids inom [unionen] eller en annan stat som är part i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet [av den 2 maj 1992[10]] med rättighetsinnehavarens tillstånd är spridningsrätten av denna kopia, med undantag från rätten till uthyrning, konsumerad.

4. All överföring till allmänheten av datorprogram, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att programmen görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.”

16. I 69d § stycke 1 UrhG föreskrivs följande:

”I avsaknad av särskilda avtalsbestämmelser ska de i 69c § punkterna 1 och 2 UrhG angivna åtgärderna inte kräva rättsinnehavarens tillstånd, om dessa åtgärder krävs för att varje person som har rätt att använda en kopia av programmet ska kunna använda programmet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. Detta gäller även rättelse av fel.”

II – Bakgrund och förfarandet vid den nationella domstolen

17. Oracle utvecklar och saluför datormjukvara. Oracle har upphovsrätten till dessa program och är innehavare av det tyska ordmärket och gemenskapsordmärket ”Oracle” som registrerats för bland annat datormjukvara.

18. I 85 procent av fallen sprider Oracle sin mjukvara genom nerladdning från internet. Kunden laddar ner mjukvaran på sin dator direkt från Oracles webbplats. Programmen är så kallade Client-Server-Software. Nyttjanderätten omfattar behörigheten att spara mjukvaran på en server och ge ett visst antal användare tillgång till denna genom att programmet laddas upp på internminnet på arbetsstationerna. Inom ramen för ett service- och supportavtal kan aktualiserade versioner av mjukvaran (updates) och program som har som syfte att avhjälpa fel (patches) laddas ner från Oracles webbplats.

9 — BGBl. I, 1965, s. 1273.

10 — EGT L 1, 1994, s. 3.

19. Oracles licensavtal innehåller under rubriken ”Rättigheter” följande bestämmelse:

”Genom att betala för tjänster har ni uteslutande för ert interna affärssyfte en tillsvidare gällande, ej uteslutande, ej överlåtbar och kostnadsfri nyttjanderätt till allt som Oracle utvecklar och på grundval av detta avtal överlåter på er.”

20. UsedSoft som bedriver handel med använda mjukvarulicenser sålde i oktober månad år 2005 ”redan använda” licenser för Oracles program och angav att samtliga licenser var aktuella, eftersom service- och supportavtalen som Oracle ingått med den ursprungliga licensinnehavaren fortfarande gällde och att försäljningens lagenlighet styrktes genom en attestering av notarius publicus.

21. UsedSofts kunder som ännu inte hade Oracles senaste mjukvaruversion, laddar, efter köpet av en ”använd” licens, ner mjukvaran direkt från Oracles webbplats. Kunder som redan har mjukvaran och som köper licensen för ytterligare användare, laddar mjukvaran i internminnet i ytterligare användares arbetsstationer.

22. Oracle väckte talan vid Landgericht München I för att hindra ovan beskrivna tillvägagångssätt. Landgericht München I biföll talan. UsedSofts överklagande av denna dom ogillades, varpå UsedSoft överklagade det avgörandet till Bundesgerichtshof (Tyskland).

III – Tolkningsfrågorna

23. Mot denna bakgrund beslutade Bundesgerichtshof att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till domstolen:

”1) Är den person som kan göra gällande konsumtion av spridningsrätten till en kopia av ett datorprogram också ’den som lagligen förvärvat datorprogrammet’ i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2009/24 …?

2) För det fall att den första frågan ska besvaras jakande: Konsumeras spridningsrätten till en kopia av ett datorprogram i den mening som avses i artikel 4.2 … i direktiv 2009/24 … när förvärvaren med rättsinnehavarens samtycke har laddat ner programmet från internet på ett datamedium?

3) För det fall att den andra frågan ska besvaras jakande: Kan också den person som förvärvat en ’använd’ mjukvarulicens, i egenskap av ’den som lagligen förvärvat datorprogrammet’ i den mening som avses i artiklarna 5.1 och 4.2 första delen i direktiv 2009/24 … och i syfte att göra en kopia av programmet, göra gällande konsumtion av spridningsrätten till en kopia av datorprogrammet som den förste förvärvaren med rättsinnehavarens samtycke har gjort genom att ladda ner programmet från internet på ett datamedium, när den förste förvärvaren raderat eller inte längre använder sin kopia av programmet?”

IV – Bedömning

A – *Inledande anmärkningar*

24. Den hänskjutande domstolen anser det vara utrett att UsedSofts kunder genom att ladda ner datorprogram från Oracles webbplats eller ett lagringsmedium till internetminnet i andra datorer gör sig skyldiga till mångfaldigande i den mening som avses i artikel 4.1 a i direktiv 2009/24 som inkräktar på Oracles ensamrätt till återgivning. Dessutom är denna nyttjanderätt enligt Oracles licensavtal inte ”överlåtbar” och Bundesgerichtshof har anfört att Oracles kunder inte har rätt att på ett verksamt sätt överlåta rätten till återgivning på UsedSoft som följaktligen inte har rätt att överlåta denna på sina kunder.

25. Den hänskjutande domstolen har härav dragit slutsatsen att utgången i målet beror på om UsedSofts kunder kan göra gällande 69d § stycke 1 UrhG, genom vilken artikel 5.1 i direktiv 2009/24 införlivas med tysk rätt, genom att för rätten till återgivning inte kräva rättsinnehavarens tillstånd som krävs för att den som lagligen förvärvat datorprogrammet ska kunna använda datorprogrammet i överensstämmelse med dess avsedda ändamål.

26. Den hänskjutande domstolen har anfört att denna fråga kan delas upp i tre delfrågor, den första om den person som kan göra gällande konsumtion av spridningsrätten också är ”den som lagligen förvärvat datorprogrammet” i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2009/24, den andra om spridningsrätten konsumeras när en kopia av programmet laddas ner från internet med rättsinnehavarens samtycke, och den tredje om den person som förvärvat en ”använd” mjukvarulicens kan göra gällande konsumtion när den första förvärvaren raderat eller inte längre använder sin kopia av programmet.

27. Trots att den hänskjutande domstolen enbart ställt den andra frågan för det fall att den första frågan ska besvaras jakande anser jag att den andra frågan ska besvaras i första hand. Innan det undersöks huruvida den person som kan göra gällande konsumtion av spridningsrätten också är ”den som lagligen förvärvat datorprogrammet” i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2009/24 måste det utredas om nerladdning av program från Oracle av en person som är bosatt inom unionen medför konsumtion inom gemenskapen av spridningsrätten till dessa program med tillämpning av artikel 4.2 i detta direktiv. Denna fråga som avser tillämpningen av konsumtionsprincipen på nerladdning från internet ska enligt min mening prövas först.

28. Därefter ska jag pröva den första och den tredje frågan om huruvida den person som förvärvat en använd licens på grundval av artikel 4.2 i direktiv 2009/24 jämförd med artikel 5.1 i samma direktiv kan åberopa konsumtion av spridningsrätten till en kopia av ett datorprogram som förste förvärvaren laddat ner för att i egenskap av den som lagligen förvärvat datorprogrammet göra en ny kopia av programmet när den första förvärvaren raderat eller inte längre använder sin kopia av programmet tillsammans.

B – *Den andra frågan*

29. Den hänskjutande domstolen önskar huvudsakligen få klarhet i huruvida spridningsrätten till en kopia av ett datorprogram konsumeras i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 när förvärvaren med rättsinnehavarens samtycke har gjort en kopia genom att ladda ner programmet från internet på ett datamedium.

1. Yttranden av parterna i målet vid den nationella domstolen, regeringarna och Europeiska kommissionen

30. UsedSoft har i princip gjort gällande att konsumtionsregeln enligt ordalydelsen i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 kan tillämpas på online-överföringar av mjukvaror, eftersom uttrycket ”kopia av program”, å ena sidan, kan tolkas så att det avser det förfarande som syftar till att ge förvärvaren möjlighet att registrera programmet, och å andra sidan, uttrycket ”den första försäljningen” inte förutsätter en överföring av äganderätten i form av överlämnande av ett medium. Det avgörande är nämligen att det ekonomiska syftet med transaktionen uppnås, som är att säkerställa att programmet kan användas varaktigt. UsedSoft har gjort gällande att försäljningen, oberoende av överlämnandet av ett medium, kännetecknas av att nyttjanderätten överlåts under en obegränsad period mot betalning av ett engångsbelopp och anfört att det av ordalydelsen i direktiv 2009/24 framgår att spridningsrätten konsumeras när Oracles kund gör kopior med rättsinnehavarens samtycke genom att ladda ner programmet på ett datamedium.

31. UsedSoft har vidare påpekat att denna tolkning som grundar sig på ordalydelsen i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 stöds av syftet med konsumtionsregeln, som är att uppnå en balans mellan upphovsmannens ekonomiska intressen vad gäller utnyttjandet av dennes verk och intresset av den fria rörligheten för varor och tjänster. UsedSoft anförde att rättsinnehavaren vid permanent överlåtelse av mjukvaror mot betalning har möjlighet att kommersiellt utnyttja sin skapande verksamhet genom försäljning av det skyddade alstret och påpekade att upphovsmannen inte kan besluta om huruvida konsumtionsprincipen ska tillämpas eller inte genom att välja mellan två spridningsmetoder som är helt likvärdiga i ekonomiskt hänseende. Om det skulle förhålla sig på det sättet så skulle ett spridningsmonopol uppkomma, vilket konsumtionsregeln avser att undvika. Om transaktionen ska anses utgöra en tjänst ska konsumtionsprincipen fortfarande tillämpas, eftersom friheten att tillhandahålla tjänster också hör till unionens grundläggande principer.

32. UsedSoft har klargjort att domstolen har slagit fast att konsumtionsprincipen inte är tillämplig på nyttjandeformer som oftast är immateriella, såsom representationsrättigheter, framföranderättigheter och utsläppanderättigheter, inte på grund av deras immateriella karaktär utan på grund av att en ersättning uttas varje gång dessa rättigheter utnyttjas och upphovsmannens ekonomiska intressen följaktligen inte är tillfredsställda genom den första spridningen.

33. UsedSoft har anfört att motsatta argument inte kan härledas från artikel 3.3 i direktiv 2001/29 eller skäl 29 i samma direktiv som enbart avser den särskilda situationen då tjänster görs tillgängliga för tillfällig användning under en begränsad period för uppkoppling på upphovsmannens server. Till skillnad från en överlåtelse för en permanent användning mot engångsbetalning möjliggör dessa tjänster som tillhandahålls vid flera tillfällen mot betalning inte att tillfredsställa rättsinnehavarens ekonomiska intressen från och med första gången då tjänsten tillhandahålls.

34. Oracle har anfört att nerladdning av kopior av datorprogram inte utgör en försäljning, eftersom ersättning inte begärs för nerladdning av programmet men utges på grundval av ett licensavtal i gengäld mot en nyttjanderätt som tillerkänns genom detta avtal. När ett service- och supportavtal har ingåtts kan den första förvärvaren inte återsälja den version som ursprungligen laddats ner, utan enbart en annan version som kompletterats och aktualiserats.

35. Oracle har hänvisat till domstolens rättspraxis, bland annat dom av den 9 november 2004, The British Horseracing Board m.fl.,[11] uttalandena avseende Wipos fördrag om upphovsrätt och rapport från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén om genomförandet och effekterna av direktiv 91/250 av den 10 april 2000[12] och anfört att spridningsrätten enbart kan ha konsumerats vid en överföring av äganderätten till ett föremål, vilket innebär att nerladdning som är en immateriell transaktion är utesluten. Enligt företaget kan en kopia av programmet i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 enbart vara en fysisk vara, det vill säga en produkt. Denna tolkning är förenlig med ändamålet med konsumtionsprincipen, som är att säkerställa fri rörlighet för fysiska kopior som tidigare spridits med rättsinnehavarens samtycke och inte att göra dem lämpliga för en spridning av kopior som användaren själv gjort.

36. Oracle har påpekat att även om frågan ska besvaras jakande så innebär inte konsumtion av spridningsrätt, som nerladdning av ett program medför, att den första förvärvaren inte har rätt att överföra kopian på ett annat medium. Förvärvaren har enbart rätt att materiellt överföra själva mediet, vilket till exempel kräver att vederbörande demonterar den disk på vilken han eller hon har laddat ner programmet.

11 — Mål C-203/02 (REG 2004, s. I-10415), punkterna 58 och 59.

12 — KOM(2000) 199 slutlig.

37. Oracle har vidare anfört att det inte ska göras någon åtskillnad beroende på om datorprogrammet har erhållits genom förvärv på en cd-rom eller trådbunden nerladdning, eftersom användningen av kopian av programmet i de båda fallen förutsätter att ett licensavtal har ingåtts.

38. Den spanska och den franska regeringen, Irland samt den italienska regeringen har gjort gällande att spridningsrätten till ett datorprogram enbart konsumeras om kopian av programmet som ingår i ett medium sprids. Den franska regeringen, Irland och den italienska regeringen har grundat sig på de tillämpliga bestämmelser, bland annat på direktiv 2001/29, mot bakgrund av vilka direktiv 2009/24 ska tolkas.

39. Irland har dessutom påpekat att även om den licens som rättsinnehavaren har beviljat ska betecknas som försäljning är de kopior för vilka licens utfärdats inte de som laddats ner eller överlåtits av tidigare förvärvare. Den har erinrat om att konsumtionsregeln som utvecklats inom ramen för fri rörlighet för varor inte innebär att patentinnehavarens spridningsrätt konsumeras med avseende på andra varor än dem som sålts med hans samtycke. Irland har hänvisat till dom av den 9 juli 1985 i målet Pharmon [13] och anfört att situationen i förevarande fall uppvisar likheter med den situation i vilken produkterna säljs på grundval av en obligatorisk licens. Den har vidare anfört att tillstånd att använda licenser utan rättsinnehavarens samtycke kan hindra innovation och påverka de legitima intressen som programmets upphovsmän har.

40. Den franska regeringen har utöver de argument som är baserade på de tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna fört ett resonemang grundat på den internationella rätten och domstolens rättspraxis. [14] Den har gjort gällande att det vid nerladdning inte kan vara fråga om konsumtion, eftersom det rör sig om ett utbjudande via online-tjänster och framhållit att service- och supportavtalet hänför sig till tillhandahållandet av en tjänst.

41. Den italienska regeringen som har anfört att man bör skilja mellan den ställning som ägaren av en kopia av mjukvaran har och den ställning som den person som har rätt att använda mjukvaran har enligt en licens har gjort gällande att spridningsrätten helt saknar betydelse vid online-överföring av en elektronisk kopia av en mjukvara, eftersom den begränsning som konsumtion av spridningsrätten innebär inte är tillämplig. Den har anfört att ett annat synsätt hade äventyrat det skydd som en mjukvara tillerkänns enligt unionsrätten.

42. Kommissionen har erinrat om att tvisten huvudsakligen rör frågan huruvida återförsäljning av ett datorprogram är tillåten och om rättsinnehavarens rättigheter konsumeras när datorprogrammet ställs till förfogande för att laddas ner från en server under förhållanden som begränsar användarens rätt att överföra programmet till andra och anfört att det inte enbart av skäl 28 i direktiv 2001/29, utan även av artikel 4 i samma direktiv jämförd med artikel 8 i Wipos fördrag om upphovsrätt och uttalandena avseende detta fördrag, som direktiv 2001/29 avser att införliva, framgår att artikel 4.1 c i direktiv 2009/24, trots sin ordalydelse, inte omfattar spridning av verk som inte ingår i en vara, som inte omfattas av artikel 3.1 i direktiv 2001/29. I artikel 3.3 i nämnda direktiv anges emellertid att rätten att göra verk tillgängliga för allmänheten som avses i artikel 3.1 inte ska anses vara konsumerad. I skäl 29 i samma direktiv bekräftas dessutom att frågan om konsumtion inte uppstår då det gäller tjänster i allmänhet, och online-tjänster i synnerhet.

13 — Mål 19/84 (REG 1985, s. 2281).

14 — Se exempelvis domstolens dom av den 28 april 1998 i mål C-200/96, Metronome Musik (REG 1998, s. I-1953).

2. Bedömning

43. Syftet med konsumtionsprincipen som följer av den tyska och den amerikanska lagstiftningen [15] är att uppnå en balans mellan det skydd som krävs för immateriella rättigheter genom vilket rättsinnehavare i princip tillerkänns ensamrätt till utnyttjande, och de krav som den fria rörligheten för varor ställer. Denna princip, enligt vilken den ensamrätt som innehavaren av den immateriella rättigheten har begränsas vid det första utsläppandet av de produkter som omfattas av den berörda rättigheten, är ett ”uttryck för den rättsliga principen … enligt vilken [denna] ensamrätt … till utsläppande inte gör det möjligt att hindra spridningen av en genuin vara, när denna väl varit föremål för laglig försäljning”. [16]

44. Målet att upprätta ett område utan inre gränser föranledde domstolen att införa konsumtionsregeln i unionens rättsordning. I domen i målet Deutsche Grammophon [17] av den 8 juni 1971 slog domstolen fast att det skulle ”strida mot reglerna om fri rörlighet för varor inom den gemensamma marknaden om en tillverkare av ljudinspelningar som till följd av en medlemsstats lagstiftning har exklusiv rätt att bringa skyddade varor i omsättning utövade denna rätt för att inom en medlemsstat förhindra saluföring av varor som bringats i omsättning i en annan medlemsstat av honom eller med hans godkännande, med motiveringen att varorna inte tidigare bringats i omsättning i den förstnämnda medlemsstaten”.

45. Enligt konsumtionsregeln kan innehavare av immateriella rättigheter som har satt varor i omlopp på en medlemsstats territorium inte åberopa sin ensamrätt till exploatering för att motsätta sig deras import till en annan medlemsstat. Denna regel motiveras i ekonomiskt hänseende av att rättsinnehavaren av parallella rättigheter inte får uppnå en vinst som är oproportionerlig med avseende på exploateringen av sin rättighet, vilket skulle vara fallet om vederbörande varje gång han eller hon passerar en inre unionsgräns skulle kunna dra den ekonomiska fördel som denna rättighet ger personen i fråga.

46. Konsumtionsprincipen som har utvecklats i rättspraxis har återgetts av unionslagstiftaren som har underlåtit att uppta principen i flera direktiv, exempelvis för varumärken, [18] databaser, [19] växtförädlarrätt, [20] uthyrnings- och utlåningsrättigheter för skyddade verk, [21] upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället och datorprogram. Domstolens fasta rättspraxis på

15 — Om uppkomsten och motiveringen av principen, se Castell, B., *L’”épuisement” du droit intellectuel en droits allemand, français et communautaire*, PUF, Paris, 1989.

16 — Se Beier, F.-K., ”La territorialité du droit des marques et les échanges internationaux”, *Journal du droit international*, 1971, s. 14.

17 — Mål 78/70 (REG 1971, s. 487).

18 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EUT L 299, s. 25). I artikel 7 i direktiv 2008/95 föreskrivs följande:
”1. Ett varumärke ger inte innehavaren rätt att förbjuda användningen av varumärket för varor som av innehavaren eller med hans samtycke har förts ut på marknaden under varumärket inom [unionen].
2. Punkt 1 ska inte gälla när innehavaren har skälig grund att motsätta sig fortsatt marknadsföring av varorna, särskilt när varornas beskaffenhet har förändrats eller försämrats efter att de har förts ut på marknaden.”

19 — Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (EGT L 77, s. 20). I artikel 5 c andra meningen i direktiv 96/9 föreskrivs att när ”ett exemplar av databasen första gången inom [unionen] förts i handeln av rättsinnehavaren, eller med hans medgivande, konsumeras hans rätt att kontrollera återförsäljningen inom [unionen] av detta exemplar”.

20 — Rådets förordning (EG) nr 2100/94 av den 27 juli 1994 om gemenskapens växtförädlarrätt (EGT L 227, svensk specialutgåva, område 3, volym 60, s. 196, och rättelse i EGT L 111, 2001, s. 31). Artikel 16 i förordning nr 2100/94 har följande lydelse:
”Gemenskapens växtförädlarrätt skall inte omfatta åtgärder som avser material av den skyddade sorten, eller av en sort som omfattas av bestämmelserna i artikel 13.5, som har överlåtits av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke till andra inom [unionen], eller material som är avlett från detta material om inte dessa åtgärder:

a) innebär vidare förökning av den berörda sorten, utom i fall där sådan förökning avsågs vid överlåtandet, eller

b) innebär export av sortbeståndsdelar till tredje land som inte skyddar sorter av det växtsläkte eller den växtart som sorten tillhör, utom i fall där det exporterade materialet är avsett för konsumtion.”

21 — I artikel 1.4 i direktiv 92/100 föreskrivs att ”[d]e rättigheter som avses i punkt 1 konsumeras inte genom försäljning eller annan spridning av original eller andra exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk eller upplåtelse av de rättigheter som avses i artikel 2.1”.

detta område utgör visserligen doktrin för konsumtion inom gemenskapen som kan tillämpas på samma sätt på alla immateriella rättigheter, men tillämpningsvillkoren för denna regel och dess räckvidd kan ges olika innehåll beroende på särdragen hos varje aktuell immateriell rättighet och de särskilda bestämmelser som är tillämpliga på dem.

47. Vad särskilt beträffar datorprogram fastställs konsumtionsregeln i artikel 4 i direktiv 2009/24, vilken har samma lydelse som artikel 4 i direktiv 91/250, genom att denna artikel delas upp i två olika punkter.

48. I artikel 4.1 i direktiv 2009/24 görs en åtskillnad mellan den ensamrätt som programmets upphovsman har, rätten till varaktig eller tillfällig återgivning, rätten till ändring eller rätten att utföra eller ge tillstånd till ”[alla] former av spridning till allmänheten, inbegripet uthyrning, av datorprogrammets original eller kopior av detta”, medan det i artikel 4.2 i samma direktiv anges att konsumtionsprincipen inte är tillämplig på spridningsrätten, detta gäller dock inte ”rätten att kontrollera vidare uthyrning”. Av nämnda bestämmelser framgår att enbart spridningsrätten omfattas av konsumtionsprincipen och inte rätten till återgivning och ändring. Även om spridningsrätten ges en vid definition, tillämpas konsumtionsprincipen dessutom enbart på en form av spridning, nämligen försäljning, som, när den är tillämplig, inverkar på alla former av spridning, med undantag för uthyrning.

49. Frågan huruvida konsumtionsprincipen, såsom denna fastställs i artikel 4.2 i direktiv 2009/24, kan omfatta försäljning av ”använda” mjukvaror som laddats ner från internet, har skapat stora kontroverser i medlemsstaterna, bland annat i Tyskland, [22] och även i USA, i diskussionerna avseende tillämpningen av ”doktrinen om den första försäljningen” i den digitala miljön. [23]

50. Eftersom konsumtion förutsätter att den första ”försäljningen av en kopia av programmet” inom unionen görs av rättsinnehavaren själv eller med dennes samtycke, ska det inledningsvis fastställas om detta uttryck som sedan antagandet av direktiv 2009/24 har väckt många frågor [24] ska tolkas enhetligt.

51. Enligt domstolens fasta rättspraxis följer det nämligen såväl av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen att en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma dess betydelse och räckvidd normalt ska ges en enhetlig tolkning inom hela unionen. [25] I direktiv 2009/24 hänvisas det inte till nationell rätt såvitt gäller innebörden av uttrycket ”försäljning av en kopia”, varför detta vid tillämpningen av direktivet ska anses utgöra ett självständigt unionsrättsligt uttryck som ska tolkas enhetligt i samtliga medlemsstater, bland annat med beaktande av dess begrepp och det sammanhang i vilket det används och de mål som eftersträvas med direktivet och den internationella rätten. [26]

22 — Se Bräutigam, P., ”Second-hand software in Europe: thoughts on the three questions of the German Federal Court of Justice referred to the Court of Justice of the European Union”, *Computer Law Review International*, nr 1/2012, s. 1, och Overdijk, T., van der Putt, P., de Vries, E., och Schafft, T., ”Exhaustion and Software Resale Rights”, *Computer Law Review International*, nr 2/2011, s. 33.

23 — Se, Frankel, S., och Harvey, L., ”Will the digital era sound the death knell for the first sale doctrine in US copyright law?”, *Intellectual Property Magazine*, mars 2011, s. 40.

24 — Se, bland annat, Strowel, A., och Derclaye, E., *Droit d'auteur et numérique: logiciels, bases de données, multimédia – Droit belge, européen et comparé*, Bruylant, Bryssel, 2001. Se även Vivant, M., ”Le programme d'ordinateur au pays des muses; observations sur la directive du 14 mai 1991”, *La semaine juridique – Édition entreprise*, 1991, nr 47, s. 479. Författaren har anmärkt på ”lagstiftarens oförmåga att skilja mellan intellektuellt skapande och medium” (punkt 16.2, s. 484).

25 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 juni 2007 i mål C-246/05, Häupl (REG 2007, s. I-4673), punkt 43 och där angiven rättspraxis.

26 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 december 2010 i mål C-393/09, Bezpečnostní softwarová asociace (REU 2010, s. I-13971), punkt 30 och där angiven rättspraxis.

52. Av skälen 4 och 5 i direktiv 2009/24 framgår att syftet med detta direktiv är att undanröja olikheter mellan de berörda medlemsstaternas lagstiftning som i väsentlig grad påverkar den inre marknaden. Domstolen slog i dom av den 20 november 2001 i målet Zino Davidoff och Levi Strauss [27] fast att begreppet samtycke, som är den avgörande faktorn för att ensamrätten ska upphöra, ska tolkas enhetligt för att ”[ha] samma rättsliga skydd i alla medlemsstaterna”, [28] men att villkoret avseende försäljning av en kopia av programmet emellertid inte ska ges en annan innebörd beroende på olika tolkningar i olika nationella rättsordningar.

53. Det ska följaktligen undersökas om begreppet ”försäljning av en kopia av programmet” i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 är tillämpligt under sådana omständigheter som de i det nationella målet aktuella.

54. Oracle har gjort gällande att den ersättning som har begärts av kunden inte enbart avser nerladdning av programmet eller tillhandahållande av objektkoden, utan att den ska utges som vederlag för avtalet om användning som tillerkänns genom licensavtalet. Oracle har dessutom anfört att kunden för det mesta även har ingått ett service- och supportavtal, som gör det möjligt att aktualisera programmet och avhjälpa fel, vilket utgör ett tjänsteavtal. Oracle har därav dragit slutsatsen att det inte är fråga om försäljning i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2009/24.

55. Ett sådant resonemang tycker jag är missvisande.

56. Det framgår tydligt av direktiv 2009/24 att det häri görs en klar skillnad mellan försäljning och uthyrning. Uppdelningen är av betydelse både för tillämpningen av konsumtionsprincipen [29] som räckvidden av denna princip. [30] I skäl 12 i nämnda direktiv definieras begreppet uthyrning på så sätt att ett datorprogram eller en kopia av detta i vinstsyfte görs tillgängligt för användande under en begränsad tidsrymd. *E contrario* ska försäljning av ett datorprogram eller en kopia av detta ha skett i den mening som avses i artikel 4.2 i nämnda direktiv då transaktionen, oberoende av hur den betecknas av parterna, kännetecknas av att äganderätten till en kopia av datorprogrammet övergår för en obegränsad period mot engångsbetalning. Denna skillnad är dessutom förenlig med domstolens rättspraxis enligt vilken konsumtion inte kan förekomma vid uthyrning, [31] medan konsumtion kan ske vid övergång av äganderätten. [32]

57. Utfärdandet av en licens enligt vilken det är möjligt att göra en kopia av datorprogrammet tillgänglig genom nerladdning från internet är en komplex transaktion som kan omfatta både ett tjänsteavtal avseende bland annat tillhandahållande, körning och underhållande av datorprogrammet, och ett köpeavtal för den kopia som är nödvändig för att utföra dessa tjänster. [33] Innehållet i det tillstånd för användning som beviljas kan skilja sig åt.

27 — Dom i de förenade målen C-414/99-C-416/99 (REG 2001, s. I-8691).

28 — Punkterna 41–43.

29 — På så sätt att konsumtion enbart äger rum vid försäljning.

30 — Kopiorna kan inte hyras ut vid ett senare tillfälle till följd av konsumtion på grund av försäljning. Se Czarnota, B., och Hart, R., *Legal Protection of Computer Programs in Europe – A guide to the EC Directive*, Butterworths, 1991, s. 60:
”If sale is the first means of distribution which the rightholder chooses, he can now under the Directive not prevent the resale of the copy which he has sold. Property rights pass from the rightholder to the purchaser in the physical support of the copy of the program, and the purchaser is free to dispose of that tangible property in any way he chooses, except that he may not offer it for rental or licensing. He may, however, lend, give or otherwise dispose of the physical support.
The intellectual property rights of the author in the program contained in that physical support remain unchanged by any of the above transactions. His interests in the intellectual property are only affected when the sold copy is offered for rental, because the act of rental is a form of distribution which would be in direct competition with other forms of exploitation, such as sale of copies, and would therefore prejudice the rightholder's ability to control the normal exploitation of his work.”

31 — Se domen i målet Metronome Musik (ovan fotnot 14).

32 — Se dom av den 17 april 2008 i mål C-456/06, Peek & Cloppenburg (REG 2008, s. I-2731).

33 — Se, för ett liknande resonemang, Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique – Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, Bryssel, 2007, nr 529 och nr 530. Denna författare har betecknat transaktionen som en ”komplex … avtalsfigur” som kan uppdelas i ett köpeavtal avseende mediet eller tjänsten om det rör sig om en nerladdning eller fjärranvändning och ett licensavtal avseende upphovsmannens rätt till det verk som ingår i mediet eller som överförs elektroniskt.

58. Nyttjanderätten har samma egenskaper som uthyrning när den tillerkänns för en begränsad tidsperiod mot betalning av en periodisk avgift och leverantören inte berövas äganderätten till kopian av datorprogrammet som rättsinnehavaren ska överföra till leverantören. Enligt min mening har den däremot samma egenskaper som försäljning när kunden slutgiltigt får möjlighet att använda kopian av det datorprogram som leverantören avstår till paketpris.

59. Med avseende på syftet med konsumtion som är att begränsa ensamrätten till immateriella rättigheter när rättsinnehavaren genom försäljningen realiserat det ekonomiska värde som är knutet till vederbörandes rättighet ska begreppet försäljning i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 ges en vid tolkning som omfattar alla former av försäljning av en produkt som kännetecknas av att nyttjanderätten till kopian av datorprogrammet upplåts för en obegränsad period mot betalning av ett engångsbelopp. En alltför strikt tolkning av detta begrepp skulle äventyra bestämmelsens ändamålsenliga verkan och konsumtionsprincipen skulle fråntas all betydelse, eftersom försäljning av mjukvaror oftast sker i form av licenser för användning och det räcker att leverantörer betecknar avtalet som licensavtal och inte som köpeavtal för att kringgå denna regel.

60. Av vad som anförts ovan kan slutsatsen dras att överlåtelsen av en nyttjanderätt till kopian av datorprogrammet utgör en försäljning i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2009/24, trots att rättsinnehavaren, såsom Oracle, gör en något konstlad uppdelning mellan tillhandahållande av kopian av datorprogrammet och upplåtelse av nyttjanderätt.

61. Det skulle emellertid inte vara tillräckligt att beteckna transaktionen som försäljning för att dra slutsatsen att spridningsrätten kan konsumeras i en sådan situation som den i det nationella målet.

62. Oracle, den spanska och den franska regeringen, Irland, den italienska regeringen samt kommissionen har gjort gällande att den konsumtion som kan ske till följd av en försäljning av kopian av datorprogrammet nödvändigtvis har en begränsad räckvidd, eftersom den enbart påverkar spridningsrätten till en kopia av det datorprogram som ingår i ett medium.

63. Det finns flera argument som talar för denna tolkning.

64. Det har gjorts gällande att nerladdning av ett datorprogram på internet inte utgör spridning i den mening som avses i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 och artikel 4.1 i direktiv 2001/29, utan överföring av verk till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i sistnämnda direktiv. I artikel 3.3 i direktiv 2001/29 anges emellertid att rätten till överföring av verk till allmänheten inte kan konsumeras.

65. Dessutom framgår klart av kommissionens ovannämnda rapport av den 10 april 2000 att upphovsrätten enbart kan konsumeras vid försäljning av kopior, det vill säga varor, medan detta är uteslutet ”i samband med utbjudandet genom online-tjänster”. [34]

66. Samma restriktiva tolkning av begreppet konsumtion återfinns i direktiv 2001/29, i vilket unionslagstiftarens avsikt, att begränsa regeln till att omfatta en enda form av spridning av verket, som kännetecknas av försäljning av en vara som ingår i ett datorprogram, tydligt framgår.

67. Det har bland annat gjorts gällande att konsumtion av spridningsrätten i artikel 4.2 i direktiv 2001/29 enbart föreskrivs i de fall då den första försäljningen av ”exemplaret i fråga”, eller då den första gången någon annan form av överföring av äganderätten till detta, görs, Dessutom anges i skälen 28 och 29 i nämnda direktiv för det första att det i det upphovsrättsliga skyddet enligt detta direktiv ingår ”ensamrätt att bestämma över spridning av verk *som ingår i en fysisk vara* [35]” och för det andra att ”[f]rågan om konsumtion [inte] uppstår... då det gäller tjänster, särskilt inte i fråga om

34 — Se s. 18 i denna rapport.

35 — Min kursivering.

online-tjänster”. I det sistnämnda skälet anges dessutom att ”[d]et [även] gäller ... fysiska kopior av ett verk eller av andra alster som framställts av en användare av en sådan tjänst med rättsinnehavarens samtycke ... [och att] [t]ill skillnad från cd-rom och cd-i, där immateriella rättigheter ingår i ett fysiskt medium, nämligen ett exemplar av en vara, ... varje online-tjänst [är] en handling för vilken tillstånd krävs, om den omfattas av upphovsrätt eller en närstående rättighet”.

68. Skäl 28 i direktiv 2001/29 är utformat på grundval av skäl 33 i direktiv 96/9, i vilket unionslagstiftarens avsikt att enbart beakta konsumtion med hänsyn till handel med en produkt som består av ett materiellt innehåll och immateriellt innehåll klart anges. Denna avsikt framgår även av skäl 43 i sistnämnda direktiv där det anges att om användaren verkställer en online-överföring med upphovsmannens medgivande konsumeras inte rätten att förbjuda återanvändning vare sig av databasen eller av en materiell kopia av hela eller en del av denna bas.

69. Den restriktiva tolkningen av konsumtionsprincipen finner slutligen stöd i den internationella rätten. Direktiv 2001/29 syftar bland annat till att verkställa Wipos fördrag om upphovsrätt i medlemsstaterna. Såsom domstolen emellertid slagit fast i den ovannämnda domen Peek & Cloppenburg ska unionsrättsakter så långt möjligt tolkas mot bakgrund av folkrätten, i synnerhet när dessa rättsakter just syftar till att genomföra ett internationellt avtal som unionen har ingått.[36] Härav kan följaktligen slutsatsen dras att tolkningen av direktiv 2001/29, som syftar till att uppfylla vissa internationella förpliktelser som följer av Wipos fördrag om upphovsrätt och Wipos fördrag om framföranden och fonogram som antogs den 20 december 1996 i Genève[37], ska ske mot bakgrund av uttalandena avseende Wipos fördrag om upphovsrätt, enligt vilket konsumtion av spridningsrätt som föreskrivs i artikel 6.2 i detta fördrag ”endast [avser] fasta exemplar som kan sättas i omlopp som föremål”.

70. Jag finner inte dessa argument helt övertygande.

71. För det första anser jag, i motsats till vad kommissionen har gjort gällande, inte att spridning av ett datorprogram genom nerladdning från internet kan undgå att kvalificeras som ”spridningsrätt” för att omfattas av definitionen av rätten till överföring till allmänheten i artikel 3.3 i direktiv 2001/29. Det finns enligt min mening två grundläggande invändningar mot denna tolkning.

72. Även om det för det första medges att de allmänna bestämmelserna i direktiv 2001/29, som syftar till att anpassa upphovsrätten till den digitala miljön, kan vägleda tolkningen av de särskilda bestämmelserna i direktiv 2009/24, genom vilket direktiv 91/250, som antogs före internetutvecklingen, har kodifierats, ska det emellertid konstateras att det i artikel 1.2 a i direktiv 2001/29 anges att detta direktiv ”inte på något sätt [ska] påverka befintliga [unionsbestämmelser] om ... det rättsliga skyddet för datorprogram”. I den mån som det i direktiv 2009/24 inte hänvisas till begreppet rätten till överföring och spridningsrätten ges en vidsträckt tolkning som omfattar ”[a]lla former av spridning till allmänheten ... av datorprogrammets original eller kopior av detta” förefaller det vid en läsning av dessa två direktiv svårt att anse att den rätt att göra alster tillgängliga för allmänheten som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 är tillämplig på datorprogram. Jag tror inte heller att den ovannämnda domen i målet Bezpečnostní softwarová asociace som kommissionen åberopat till stöd för sin argumentation kan tolkas på detta sätt.[38]

36 — Punkt 30 och där angiven rättspraxis.

37 — Se skäl 15 i nämnda direktiv.

38 — Jag kan inte se hur av detta beslut avseende grafiska användargränssnitt den slutsatsen kan dras att rätten att göra alster tillgängliga som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 är tillämplig på datorprogram medan domstolen just slagit fast att grafiska användargränssnitt inte utgör ett datorprograms uttrycksform.

73. Eftersom direktiv 2001/29 inte innehåller någon definition av uttrycken rätten till överföring av alster till allmänheten och rätten att göra alster tillgängliga för allmänheten och spridningsrätten, ska artiklarna 3 och 4 i detta direktiv, såvitt möjligt, tolkas mot bakgrund av Wipos fördrag om upphovsrätt.[39] I artikel 6.1 i fördraget anges emellertid att spridningsrätten är en rättighet att låta göra originalet och exemplar av verket tillgängligt för allmänheten ”genom försäljning eller annan överlåtelse”. Bestämmelsens ordalydelse är entydig. Den omständigheten att det skett en överlåtelse innebär uppenbarligen att en transaktion genom vilken alster överförs till allmänheten betraktas som spridning.

74. För det andra är uttalandena i skälen i direktiv 2001/29 varken klara eller tydliga.

75. En *e contrario*-tolkning av den första meningen i skäl 28 i ovannämnda direktiv, i vilken det anges att ”[i] det upphovsrättsliga skyddet enligt detta direktiv … *ingår* [40] ensamrätt att bestämma över spridning av verk som *ingår* i en fysisk vara”, innebär att denna rättighet även omfattar andra former av spridning. Enligt den andra meningen i detta skäl som avser konsumtion begränsas denna inte till en särskild form av spridning.

76. Skäl 29 i direktiv 2001/29 är inte heller otvetydig. I ovannämnda skäl jämförs visserligen försäljning av varor, med avseende på vilken konsumtionsregeln är tillämplig enligt denna artikel, med tillhandahållande av tjänster, med avseende på vilket denna regel inte är tillämplig. Dock omfattar begreppet online-tjänster, enligt definitionen i unionslagstiftningen, försäljning av varor online.[41] Enligt skälets ordalydelse ska konsumtionsregeln inte tillämpas vid ett köp online av cd-rom, i vilket en kopia av datorprogrammet ingår. Enligt min mening saknar skillnaden, beroende på om det rör sig om distansförsäljning eller inte, betydelse för tillämpningen av denna regel.

77. För det tredje skulle en tolkning av artikel 4.2 i direktiv 2009/24 som innebär att konsumtionsregeln inte är tillämplig vid nerladdning från internet, medan datorprogram i stor omfattning sprids genom denna form av försäljning, innebära en avsevärd begränsning av tillämpningsområdet för denna regel och, i samband därmed, begränsa den fria rörligheten.

78. Enligt artikel 36 FEUF kan visserligen sådana inskränkningar bland annat motiveras av hänsyn till intresset att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Av fast rättspraxis följer dock att avvikelser på den grunden endast är motiverade i den mån de syftar till att värna om de rättigheter som utgör det särskilda föremålet för äganderätten i fråga[42]. Denna princip förutsätter att det i förhållande till de olika typerna av immateriella rättigheter som är aktuella fastställs under vilka omständigheter utövandet av denna rättighet anses vara förenligt med unionsrätten.

79. Jag betvivlar emellertid att rätten för en rättsinnehavare att hindra en person som lagligen förvärvat äganderätten till en kopia av ett datorprogram att återförsälja denna omfattas av skyddet för de rättigheter som utgör det särskilda föremålet för upphovsrätten.

80. Domstolen har när den bedömt lagligheten i undantag från den fria rörligheten för varor som grundas på det upphovsrättsliga skyddet undersökt huruvida rättsinnehavaren av upphovsrätten har berövats den ersättning som den lagligen hade rätt till.

39 — Se punkt 69 i förevarande förslag till avgörande.

40 — Min kursivering.

41 — Se, för ett liknande resonemang, skäl 18 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (”direktiv om elektronisk handel”) (EGT L 178, s. 1).

42 — Se dom av den 23 april 2002 i mål C-143/00, Boehringer Ingelheim m.fl. (REG 2003, s. I-3759), punkt 28, och av den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl. (REU 2011, s. I-9083), punkt 106 och där angiven rättspraxis.

81. I domen i det ovannämnda målet Football Association Premier League m.fl. erinrade domstolen om att undantag från principen om fri rörlighet endast medges om de är motiverade för att skydda de rättigheter som utgör det särskilda föremålet för den aktuella immateriella rättigheten och att detta särskilda föremål i synnerhet avser att säkerställa skyddet av de berörda rättighetsinnehavarnas rätt att kommersiellt utnyttja att de skyddade verken förs ut på marknaden eller tillhandahålls i form av licenser som beviljas mot betalning. Domstolen slog vidare fast att ett sådant särskilt föremål inte garanterar att de berörda rättighetsinnehavarna har möjlighet att kräva högsta möjliga ersättning utan endast en skälig ersättning, det vill säga en ersättning som står i rimlig proportion till det ekonomiska värdet av den prestation som tillhandahålls, för utnyttjandet av de skyddade alstren. [43]

82. Domstolen slog vidare fast att det tillägg som programföretagen betalar för att bli tilldelade en absolut territoriell ensamrätt kan leda till konstgjorda skillnader i pris mellan de avgränsade nationella marknaderna och drog därav slutsatsen att betalningen gick utöver vad som var nödvändigt för att tillförsäkra rättighetsinnehavare en skälig ersättning. [44]

83. Under sådana omständigheter som i målet vid den nationella domstolen anser jag att rättsinnehavaren har erhållit en skälig ersättning när han fick vederlag för beviljandet av nyttjanderätten till en kopia av datorprogrammet. Om det skulle medges att han skulle kunna bestämma över återförsäljningen av denna kopia och i samband härmed kräva en ny ersättning, under förevändningen att kunden fixerat kopian på ett datamedium efter nerladdning från internet, i stället för att denna inkorporerats av rättsinnehavaren på ett medium som sålts, så skulle detta inte medföra att det särskilda föremålet för upphovsrätten skyddas, utan förstärka ensamrätten till utnyttjande av sistnämnda.

84. Mot denna bakgrund ska fråga 2 som ställts av den hänskjutande domstolen besvaras enligt följande: Artikel 4.2 i direktiv 2009/24 ska tolkas så, att rätten att sprida kopian av ett datorprogram konsumeras om rättsinnehavaren, vilken har gett tillstånd till nerladdning av denna kopia på ett medium från internet, även har upplåtit en rätt att mot vederlag tills vidare använda kopian. Enligt nämnda bestämmelse är det nämligen alltid fråga om försäljning när en kopia av ett datorprogram ställs till förfogande, oavsett i vilken form eller på vilket sätt, för att det ska användas tills vidare för ett paketpris.

C – *Den andra och den tredje frågan*

85. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första och sin tredje fråga till domstolen för att få klarhet i huruvida den person som förvärvat licensen för användning i egenskap av ”den som lagligen förvärvat datorprogrammet” i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2009/24 kan åberopa konsumtionsregeln i artikel 4.2 i detta direktiv för att göra en ny kopia av datorprogrammet, när den förste förvärvaren raderat eller inte längre använder sin kopia av programmet.

1. Yttranden av parterna i det nationella målet, regeringarna och kommissionen

86. UsedSoft har gjort gällande att konsumtionsprincipen skulle urholkas om det fastställs att rättsinnehavaren inte kan kontrollera en senare spridning av kopior av programmet men kan fortsätta att bestämma över användning som kräver att programmet återges.

87. UsedSoft har vidare anfört att den omständigheten att den första förvärvaren raderar eller inte längre använder sin kopia av datorprogrammet gör det möjligt att säkerställa att den mjukvara som tillverkaren överfört inte kommer att användas två gånger eller ett flertal gånger.

43 — Domen i målet Football Association Premier League m.fl. (ovan fotnot 42), punkterna 106–109 och där angiven rättspraxis.

44 — Punkterna 115 och 116.

88. Oracle har anfört att begreppet ”den som lagligen förvärvat datorprogrammet” i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2009/24 enbart avser den förvärvare som enligt ett licensavtal har rätt att använda datorprogrammet medan begreppet ”användning [av datorprogrammet] i överensstämmelse med dess avsedda ändamål” hänför sig till en tillämpning i enlighet med den nyttjanderätt som rättsinnehavaren tillerkänt, på så sätt att den i förekommande fall ska fastställas på grundval av de relevanta bestämmelserna i licensavtalet som fastställer karaktären av och omfattningen av nyttjanderätten.

89. Oracle har vidare anfört att enbart spridningsrätten till kopian av det datorprogram som satts i omlopp kan konsumeras och att förlusten av spridningsrätten inte kan påverka nyttjanderätten som omfattar rätten till återgivning när det gäller datorprogram med avseende på vilka användningen innebär återgivning.

90. Oracle som har fört ett analogt resonemang med hjälp av varumärkesrätten har anfört att syftet med konsumtionsprincipen inte är att tilldela andra än rättsinnehavaren erforderliga rättsliga befogenheter för att skilja och avveckla den ursprungliga nyttjanderätten, som motsvarar ett bestämt antal användare, i ett flertal andra nyttjanderättigheter. Återförsäljningen av ”använda” licenser har dessutom den nackdelen att den gör det omöjligt att sälja licenser till nedsatt pris och på så sätt underlätta användningen av program av en grupp ekonomiskt känsliga användare, såsom utbildningsinstitut.

91. Oracle har även gjort gällande att varken rättsinnehavaren eller den senare förvärvaren kan kontrollera att den första förvärvaren verkligen har raderat sin kopia eller inte längre använder den.

92. Den franska regeringen, Irland och den italienska regeringen har gjort gällande att enbart den person som har tilldelats nyttjanderätt till datorprogrammet av rättsinnehavaren kan anses som ”den som lagligen förvärvat datorprogrammet” i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2009/24. Den franska regeringen och Irland har dessutom anfört att den person som inte har förvärvat licens av rättsinnehavaren, och som följaktligen inte är den som lagligen förvärvat datorprogrammet, inte kan åberopa konsumtionsprincipen.

93. Den spanska regeringen och kommissionen har anfört att den person som kan åberopa att spridningsrätten till kopian av datorprogrammet konsumerats är ”den som lagligen förvärvat datorprogrammet” i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2009/24, men att den tredje frågan som den hänskjutande domstolen ställt inte behöver besvaras, eftersom den andra frågan ska besvaras nekande.

2. Bedömning

94. Enligt min mening följer svaret på denna fråga av skillnaden mellan spridningsrätten som konsumeras och rätten till mångfaldigande som inte konsumeras.

95. Det är i förevarande mål ostridigt att den licens för användning som Oracle beviljats gör det möjligt att genom uppkoppling till Oracles webbplats återge datorprogrammet. Härav följer enligt min mening att överlåtelse av de nyttjanderättigheter som tillerkänts genom denna licens inte omfattas av spridningsrätten utan av rätten till återgivning.

96. Om en återförsäljning av den kopia som laddats ner från internet av den första förvärvaren omfattas av spridningsrätten avser överlåtelsen av en licens för användning, såsom den som Oracle utfärdat till sina kunder, utövandet av ensamrätten till återgivning, eftersom den genom nerladdning från internet eller genom återgivning med utgångspunkt från en kopia som redan innehas av användaren gör det möjligt att fixera en ny kopia av programmet.

97. Det framgår emellertid av den klara ordalydelsen i artikel 4.2 i direktiv 2009/24 att konsumtionsprincipen enbart avser spridning av en kopia av ett datorprogram och att den inte kan påverka rätten till återgivning som inte kan åsidosättas utan att upphovsrätten påverkas.

98. Dessutom anser jag att artikel 5.1 i ovannämnda direktiv inte är sådan att den gör det möjligt att kringgå detta hinder. Enligt min mening är syftet med denna bestämmelse enbart att möjliggöra för den person som redan innehar en kopia av datorprogrammet att mångfaldiga denna kopia för att använda denna i överensstämmelse med dess avsedda ändamål. Den som inte redan har en kopia av programmet kan enligt denna bestämmelse inte mångfaldiga denna, inte för att använda denna i överensstämmelse med dess avsedda ändamål, utan för att helt kort använda denna. Ovannämnda bestämmelse som undantar tillämpningen av särskilda avtalsbestämmelser kan enligt min mening enbart tillämpas på en förvärvare som enligt avtal är bunden till rättsinnehavaren.

99. Det är enligt min mening enligt texternas nuvarande lydelser inte möjligt att utvidga konsumtionsprincipen som är knuten till spridningsrätten till att omfatta rätten till mångfaldigande. Jag är medveten om att denna avgränsning av principen till att endast avse en kopia som materialiserats i ett datamedium efter att det laddats ner i praktiken särskilt kommer att begränsa räckvidden av denna, men även om den kan finna stöd i behovet av att bibehålla konsumtionsprincipens ändamålsenliga verkan och att ge företräde åt den fria rörligheten för varor och tjänster, skulle en motsatt lösning innebärande att konsumtionsprincipen skulle ges en mer omfattande räckvidd än vad som avsetts av unionslagstiftaren [45] inte kunna tillämpas utan att äventyra rättssäkerhetsprincipen enligt vilken europeiska bestämmelser ska vara förutsebara.

100. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan slutsatsen dras att artiklarna 4.2 och 5.1 i direktiv 2009/24 ska tolkas så, att den andra förvärvaren vid återförsäljning av nyttjanderätten till kopian av ett datorprogram inte kan åberopa att spridningsrätten till denna kopia har konsumerats för att återge programmet genom att skapa en ny kopia även om den första förvärvaren raderat sin kopia eller inte längre använder den.

V – Förslag till avgörande

101. Mot bakgrund av ovanstående resonemang föreslår jag att domstolen besvarar frågorna från Bundesgerichtshof på följande sätt:

1) Artikel 4.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram ska tolkas så, att rätten att sprida kopian av ett datorprogram konsumeras om rättsinnehavaren, vilken har gett tillstånd till nerladdning av denna kopia på ett medium från internet, även har upplåtit en rätt att mot vederlag tills vidare använda kopian.

   Enligt nämnda bestämmelse är det nämligen alltid fråga om försäljning när en kopia av ett datorprogram ställs till förfogande, oavsett i vilken form eller på vilket sätt, för att det ska användas tills vidare för ett paketpris.

2) Artiklarna 4.2 och 5.1 i direktiv 2009/24 ska tolkas så, att den andra förvärvaren vid återförsäljning av nyttjanderätten till kopian av ett datorprogram inte kan åberopa att spridningsrätten till denna kopia har konsumerats för att göra en ny kopia även om den första förvärvaren raderat sin kopia eller inte längre använder den.

45 — Det bör även noteras att kommissionen i sitt meddelande till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och regionkommittén av den 11 januari 2012 avseende samstämmiga ramar för att öka tilltron till en inre e-marknad för e-handel och nättjänster (KOM(2011) 942 slutlig) anförde att den kommer att vidta åtgärder för ett ”[s]nabbt och kraftfullt genomförande av EU-strategin för immateriella rättigheter ... och en översyn av ... [direktiv 2001/29]”, (se punkt 2 i de viktigaste åtgärderna, s. 8).